

Konrad Kohutek\*

## Pięciolecie stosowania zakazu nadużywania pozycji dominującej w świetle uokik z 2007: kształtowanie się wykładni kluczowych pojęć

### Spis treści:

- I. Wprowadzenie
- II. Nadużycia wykluczające
  1. Ustawowo nazwane praktyki wykluczające a rzeczywistość rynkowa
  2. Definicja nadużyć wykluczających oraz praktyki lewarujące
  3. Pojęcie wykluczenia z rynku a wykładnia art. 9 ust. 2 pkt 5 uokik
  4. Przesłanka celu wykluczenia z rynku oraz efektywności: niejednolitość poglądów Sądu Najwyższego
- III. Nadużycia eksploatacyjne: nieuczciwość a uciążliwość narzucanych warunków – rozbieżność tylko językowa?
- IV. Uwagi podsumowujące oraz wnioski *de lege ferenda*

### Streszczenie:

Niniejszy artykuł przedstawia dorobek polskiego orzecznictwa dotyczący zakazu nadużycia pozycji dominującej przewidzianego w art. 9 uokk z 2007 r. W ciągu ostatnich pięciu lat – w szczególności w wyrokach Sądu Najwyższego – ukształtowały się zasady wykładni podstawowych pojęć, ułatwiając stosowanie tego zakazu zwłaszcza w odniesieniu do nadużyć wykluczających (jak np. ogólna definicja tego typu nadużyć, pojęcie wykluczenia z rynku). Ukazano w nim również, iż sądowa interpretacja głównych kryteriów kwalifikacji praktyk dominanta jako eksploatacyjne – tj. „nieuczciwość” oraz „uciążliwość” narzucanych warunków – zmierza w kierunku konwergencji tych koncepcji. Artykuł zawiera także sugestie *de lege ferenda* w zakresie możliwych zmian dotyczących treści lub konstrukcji art. 9 uokik.

### Słowa kluczowe:

nadużywanie pozycji dominującej; wykluczenie z rynku; praktyki/nadużycia wykluczające/eksploatacyjne; praktyki lewarujące; nieuczciwość/uciążliwość narzucanych warunków.

## I. Wprowadzenie

21.04.2012 r. mija piąty rok od dnia wejścia w życie aktualnie obowiązującej ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (uokik z 2007 r.)<sup>1</sup>. Treść przewidzianego w jej art. 9 zakazu nadużywania pozycji dominującej – poza jedną zmianą<sup>2</sup> – jest analogiczna do brzmienia art. 8 ustawy o ochronie

\* Dr nauk prawnych, adiunkt na Wydziale Prawa i Administracji w Krakowskiej Akademii im. A. Frycza-Modrzewskiego.

<sup>1</sup> Ustawa z 16.02.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. nr 50, poz. 331, ze zm.).

<sup>2</sup> Chodzi o usunięcie z katalogu przykładów praktyk stanowiących przejaw nadużycia pozycji dominującej, zachowania polegającego na „stwarzaniu konsumentom uciążliwych warunków dochodzenia swoich praw” (art. 8 ust. 2 pkt 7 ustawy z 15.12.2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów). Praktyka ta jako godząca przede wszystkim w pozaekonomiczne interesy konsumentów również na gruncie obecnej ustawy podlega interwencji ze strony Prezesa UOKiK, jakkolwiek na podstawie przepisów dotyczących zbiorowych interesów konsumentów (art. 24 i n. uokik). Zakaz nadużywania pozycji dominującej to instytucja przeznaczona przede wszystkim do sprzyjania ekonomicznym interesom konsumentów (zob. dalej, pkt 2.3).

konkurencji i konsumentów z 2000 r. (uokik z 2000 r.)<sup>3</sup>. Ma to istotne znaczenie dla oceny praktycznego funkcjonowania tego pierwszego przepisu, ponieważ czyni uzasadnionym uwzględnianie także tych orzeczeń, które wydane zostały na podstawie tego drugiego. W szczególności Sąd Najwyższy (SN) – którego wyroki stanowiąc będą główną podstawę ewaluacji pięcioletniego dorobku obecnej ustawy – tylko w nielicznych (dotychczas wydanych<sup>4</sup>) wyrokach miał okazję „formalnego” zastosowania art. 9 uokik<sup>5</sup>. Ewaluacja ta bazować będzie również na decyzjach Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (UOKiK<sup>6</sup>).

Zakaz nadużywania pozycji dominującej jest jedną z mniej, o ile nie najmniej, normatywnie oraz koncepcyjnie ukształtowanych instytucji prawa konkurencji (co odnosi się nie tylko do art. 9 uokik, ale także do art. 102 Traktatu<sup>7</sup>). Wynika to nie tylko z obowiązywania szerokiej oraz legalnie niezdefiniowanej klauzuli generalnej „nadużycia”, lecz także z braku materialnego prawa wtórnego (stosowanych rozporządzeń grupowych, które obowiązują w odniesieniu do drugiego rodzaju praktyk zakazanych *ex lege*, tj. porozumień antykonkurencyjnych). Dodatkowo, zakaz nadużywania pozycji dominującej odnosi się do dwóch całkiem różnorodnych kategorii zachowań unilateralnych, tj. praktyk wykluczających oraz eksploatacyjnych<sup>8</sup>, co czyni tę instytucję mniej spójną i analitycznie przejrzystą. Tym bardziej więc doniosłe stają się doświadczenia jakie wynikają z jej „praktycznego funkcjonowania”, tj. sposobu (metod) jej stosowania przez Prezesa UOKiK oraz przede wszystkim przez sądy w odniesieniu do konkretnych zachowań dominantów.

W ciągu ostatnich pięciu lat orzecznictwo coraz częściej wypowiadało się w sposób pozwalający na podejmowanie pewnych „prawotwórczych” konstatacji i/lub uogólnień, które nadają wspomnianemu zakazowi bardziej skonkretyzowaną treść. Co zaś godne podkreślenia, chodzi o rozstrzygnięcia SN, których do roku 2007/2008 zapadło stosunkowo niedużo. W szczególności w latach 2009-2010 sąd ów wydał sporo orzeczeń, które należy postrzegać jako ważne, z tego względu, iż w dużej mierze kreują zasady interpretacji zakazu nadużycia pozycji dominującej w rozumieniu obecnego art. 9 uokik.

## II. Nadużycia wykluczające

### 1. Ustawowo nazwane praktyki wykluczające a rzeczywistość rynkowa

Ocena dorobku orzeczniczego zgromadzonego w czasie obowiązywania obecnej ustawy antymonopolowej celowo rozpoczęta zostanie od praktyk wykluczających dominantów. W szczególności bowiem w odniesieniu do wskazanych zachowań w okresie tym<sup>9</sup> kształtowane zostały konstrukcje mające doniosłe znaczenie dla stosowania art. 9 uokik (zob. niżej).

<sup>3</sup> Ustawa z 15.12.2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2005 r., nr 244, poz. 2080).

<sup>4</sup> Zob. np. wyrok SN z 3.03.2010 r., III SK 37/09 (OSNP 2011/19-20/264).

<sup>5</sup> Podkreślenia wszak wymaga, iż chodzi o *stricte* „formalne” stosowanie tego przepisu (tj. powoływanie się konkretnie na niego, w tym na aktualną ustawę). W licznych wyrokach (wydanych głównie w latach 2009-2010), SN często rozpatrywał zarzut naruszenia art. 8 ustawy z 2000 r. Ponieważ treść tego przepisu jest – poza jednym wyjątkiem (zob. trzy przypisy wyżej) – analogiczna do brzmienia art. 9 uokik z 2007 r., uprawnionym jest twierdzenie, iż również art. 9 uokik *de facto* był stosowany.

<sup>6</sup> W tym celu dokonano przeglądu przeszło 90 decyzji wydanych głównie w latach 2008-2011, ale także niektórych z wcześniejszego okresu (opublikowanych na [www.uokik.gov.pl](http://www.uokik.gov.pl)). W niniejszym artykule powołanych zostało prawie 30 z nich.

<sup>7</sup> Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE). Podpisany w Lizbonie 13.12.2007 r. W wersji skonsolidowanej opublikowany w Dz. Urz. UE 2010 C 83/47.

<sup>8</sup> W tym znaczeniu, iż praktyki te w zupełnie inny sposób oddziałują na rynek oraz na sytuację ekonomiczną przedsiębiorców – klientów i/lub konkurentów dominantów.

<sup>9</sup> W kwestii koncepcji generalnych dotyczących praktyk eksploatacyjnych często wypowiadał się Sąd Antymonopolowy (zwłaszcza w latach 1993-2000 r.); trudno je wszakże postrzegać jako prowadzące do nadania zakazowi nadużyć eksploatacyjnych precyzyjnych ram analitycznych (zob. też pkt 3). Jakkolwiek także w ostatnim pięcioleciu wypracowano (względnie potwierdzano) konstrukcje doniosłe dla wykładni art. 9 uokik w kontekście tego typu zachowań.

Treść art. 9 ust. 2 uokik – czyli przepisu zawierającego przykładowy katalog zachowań<sup>10</sup> mogących stanowić nadużycie pozycji dominującej – okazuje się być rozwiązaniem mało pomocnym w zakresie konkretyzacji oraz konceptualizacji nadużycia wykluczającego. Nieco wbrew temu co stwierdził SN<sup>11</sup>, praktyka (w tym zwłaszcza ostatnich 5 lat) pokazała, że „nazwane”<sup>12</sup> w tym katalogu unilateralne zachowania wykluczające – czyli dyskryminacja nabywców prowadząca do wykluczenia z rynku niższego szczebla (art. 9 ust. 2 pkt 3), wiązanie produktów, w tym zwłaszcza o skutku wykluczającym<sup>13</sup> (art. 9 ust. 2 pkt 4) oraz podział rynku (art. 9 ust. 2 pkt 7) – rzadko były stosowane, a z pewnością rzadko były powoływane jako podstawa prowadzenia postępowania antymonopolowego (mimo tego, że decyzje stwierdzające naruszenie zakazu nadużycia dominacji należały do tych najczęściej wydawanych<sup>14</sup>).

Kreatywność strategii przedsiębiorców, a także specyfika branży i rynków na jakich prowadzą działalność, to główne czynniki determinujące cechy ich zachowań wykluczających, które zarazem nie odpowiadały żadnemu z „nazwanych typów” wymienionych w art. 9 ust. 2 uokik (zob. niżej). Takie zjawisko występuje także na gruncie unijnego zakazu nadużycia pozycji dominującej<sup>15</sup>. Należy jednak podkreślić, iż praktyka unijnego zakazu wykształciła nieco inne „empiryczne typy” zachowań, które najczęściej stanowiły przedmiot interwencji Komisji Europejskiej (jak zwłaszcza określone rodzaje rabatów, szeroko pojmowana odmowa dostaw w tym udzielenia informacji, zaniżanie marży<sup>16</sup>). Tego rodzaju praktyki rzadko lub wcale<sup>17</sup> nie stanowiły – jak dotychczas – przedmiotu zarzutu naruszenia art. 9 uokik.

Polskie rynki oraz praktyka orzecznicza urzędu antymonopolowego ukształtowały „własne typy” zachowań wykluczających dominantów, w które Prezes UOKiK najczęściej ingerował. Podkreślenia zarazem wymaga, iż w praktykach tych chodziło o nadużycia na – **zazwyczaj zmonopolizowanych – rynekach lokalnych**, na których źródłem pozycji dominującej był albo monopol prawny albo naturalny<sup>18</sup>.

<sup>10</sup> Zob. np. wyrok SN z 23.02.2006 r., III SK 6/05 (OSNP 2007/5-6/86).

<sup>11</sup> Zdaniem SN katalog ów „obejmuje zachowania **najbardziej typowe**, najgroźniejsze z punktu widzenia mechanizmu konkurencji” (wyrok SN z 19.08.2009 r., III SK 5/09, OSNP 2011/9-10/144).

<sup>12</sup> Termin „praktyka nazwana” należy – w moim przekonaniu – ograniczać do takich zachowań, które ustawa konkretnie opisuje, przedstawiając ich konstytutywne cechy, czyniąc to zarazem w taki sposób, iż na podstawie tych cech można dany rodzaj zachowania przyporządkować do określonej (węższej, a zarazem skonkretyzowanej) kategorii. Z tego względu „praktyką nazwaną” tylko formalnie – tj. poprzez jej wyraźne wyszczególnienie w katalogu art. 9 ust. 2 uokik – należałoby uznawać zachowania wskazane w art. 9 ust. 2 pkt 2 („ograniczenie produkcji, zbytu lub postępu technicznego ze szkodą dla kontrahentów lub konsumentów”) oraz w art. 9 ust. 2 pkt 5 („przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji”).

<sup>13</sup> „Uzależnianie zawarcia umowy od przyjęcia lub spełnienia przez drugą stronę innego świadczenia, niemającego rzeczowego ani zwyczajowego związku z przedmiotem umowy” to bowiem zachowania, w przypadku których o nadużyciu w praktyce zazwyczaj przesądzał ich eksploatacyjny charakter – tj. wyzyskiwanie kontrahentów (klientów). Takie sprawy były rozpatrywane także w ostatnich 5-6 latach, jak np. uzależnienie sprzedaży drewna od zawarcia umowy cesji wierzytelności (uchwała SN z 23.07.2008 r., III CZP 52/08, OSNC 2009/7-8/107); uzależnianie zawarcia umowy najmu powierzchni handlowej na targowisku od nabycia pakietu akcji dominantą (wyrok SOKiK z 11.10.2006 r. XVII Ama 70/05; Dz.Urz.UOKiK 2007/1/10); uzależnianie zawarcia świadczenia usługi dostępu do Internetu od korzystania z usługi telefonicznej (wyrok SN z 17.03.2010 r. III SK 41/09, OSNP 2011/21-22/285) – jakkolwiek w tej ostatniej sprawie mogły wystąpić także skutki wykluczające konkurentów (zob. też wyrok SN z 2.07.2009 r., III SK 10/09, OSNP 2011/7-8/116).

<sup>14</sup> Złazszcza w porównaniu do decyzji w sprawie porozumień antykonkurencyjnych. Począwszy od 2007 r. i skończywszy na 2010 r., Prezes UOKiK wydał następującą ilość decyzji stwierdzających praktykę: w roku 2007: nadużycie – 50, porozumienia – 9 (*Sprawozdanie z działalności UOKiK 2007*, Warszawa 2008, s. 14; w roku 2008: nadużycie – 42, porozumienia – 12 (*Sprawozdanie z działalności UOKiK 2008*, Warszawa 2009, s. 15); w roku 2009: nadużycie – 49, porozumienia – 16 (*Sprawozdanie z działalności UOKiK 2009*, Warszawa 2010, s. 15); w roku 2010 – nadużycie: 46, porozumienia: 23 (*Sprawozdanie z działalności UOKiK 2010*, Warszawa 2011, s. 17). Wszystkie powołane sprawozdania publikowane są na [www.uokik.gov.pl](http://www.uokik.gov.pl).

<sup>15</sup> Katalog przykładów praktyk stanowiących naruszenie tego zakazu jest podobny do tych zawartych w art. 9 ust. 2 uokik. Artykuł 102 zd.2 lit. a-d TFUE wymienia również stosowanie nieuczciwych cen, ograniczenie produkcji, dyskryminacje nabywców oraz sprzedaż wiązana.

<sup>16</sup> Dowodem potwierdzającym, iż w praktyce egzekwowania zakazu z art. 102 TFUE podstawowe znaczenie miały typy empiryczne praktyk wykluczających (a nie przykłady z art. 102 lit. a-d TFUE) jest klasyfikacja tych praktyk, jaka przyjęta została w wytycznych Komisji („Wytyczne w sprawie priorytetów, którymi Komisja będzie się kierować przy stosowaniu art. 82 Traktatu w odniesieniu do szkodliwych działań o charakterze praktyki wykluczającej, podejmowanych przez przedsiębiorstwa dominujące”; dalej: „Wytyczne”). Dokument ów Komisja opublikowała 3.12.2008 r., a w wersji oficjalnej we wszystkich językach państw członkowskich nastąpiło to w dniu 9 lutego 2009 r.; Dz. Urz. UE 2009 C 45/7-20). Dział IV Wytycznych, zatytułowany „szczególne formy nadużyć” (*specific forms of abuse*) wymienia właśnie typy empiryczne, a nie traktatowe, tj. transakcje wyłączne (*exclusive dealing*), w tym praktyki rabatowe, sprzedaż wiązana i pakietową, drapieżnictwo cenowe, odmowę dostaw oraz zaniżanie marży.

<sup>17</sup> Co można odnieść np. do rabatów lojalnościowych lub wywołujących takie skutki, nożyc cenowych (*margin squeeze*) czy też odmowy udzielenia przez dominantę konkurentom określonych informacji.

<sup>18</sup> Ten pierwszy zazwyczaj wynikał z przepisów prawnych przyznających gminie (dominantowi, a zarazem przedsiębiorcy w rozumieniu art. 4 ust. 1 lit. a uokik) wyłączne prawo do organizowania lub prowadzenia działalności na określonych rynkach lokalnych. Źródłem monopolu naturalnego zazwyczaj były uprawnienia do infrastruktury sieciowej, ale także np. określonych zasobów mieszkaniowych (w tym drugim przypadku dominantem była zazwyczaj spółdzielnia mieszkaniowa).

Dotyczyło to np. nadużyć na rynkach organizacji usług wywozu i składowania odpadów komunalnych<sup>19</sup>, rynkach udostępniania zasobów mieszkaniowych dominanta (spółdzielni mieszkaniowe<sup>20</sup>), czy też rynkach usług cementarnych<sup>21</sup>. Ponadto – obok tego rodzaju zachowań – w praktyce dominanci podejmowali zróżnicowane strategie wykluczające, które przedmiotowo trudno by zaklasyfikować do którejś z praktyk nazwanych w art. 9 uokik<sup>22</sup>.

W związku z powyższym, w zakresie ingerowania w praktyki wykluczające dominantów ważną rolę spełniał **art. 9 ust. 2 pkt 5 uokik** (art. 8 ust. 2 pkt 5 uokik z 2000 r.). Przepis ów był najczęściej powoływany jako ten, którego naruszenie uzasadniało zarzut nadużycia wykluczającego (w tym we wszystkich wyżej wskazanych nadużyciach lokalnych gmin oraz spółdzielni). W odróżnieniu od art. 9 ust. 2 pkt 3-4, 7 uokik w istocie nie definiuje on żadnej konkretnej formy praktyki, za nadużycie uznając „przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji”. Z jednej strony jest to więc regulacja „szczególna”, jednocześnie – podobnie jednak jak zakaz nadużycia z art. 9 ust. 1 uokik – ma ona charakter klauzuli generalnej<sup>23</sup>, z drugiej. Bez wątpienia jest ona przepisem bardziej precyzyjnym niż ten ostatnio wymieniony<sup>24</sup>. Przede wszystkim art. 9 ust. 2 pkt 5 uokik ustawowo rozstrzyga, iż zakaz nadużycia pozycji dominującej może dotyczyć także unilateralnych praktyk ograniczających dostęp do rynku lub ekspansję na nim przez konkurentów, zatem praktyk stricte antykonkurencyjnych<sup>25</sup>. Dzięki temu w polskim prawie konkurencji (podobnie jak np. w prawie amerykańskim<sup>26</sup>) nie było potrzeby, aby o objęciu ich reżimem antymonopolowym przesądzał sąd (jak to miało miejsce np. w prawie UE<sup>27</sup>).

## 2. Definicja nadużyć wykluczających oraz praktyki lewarujące

Sprecyzowanie prawidłowych ram koncepcyjno-analitycznych dla identyfikacji nadużyć wykluczających to bez wątpienia jedno z największych wyzwań polityki prawa konkurencji<sup>28</sup>. Doniosłość tego

<sup>19</sup> Zazwyczaj poprzez wskazanie jako wyłącznego miejsca składowania odpadów komunalnych (odbieranych od właścicieli nieruchomości z terenu danej gminy) składowiska administrowanego przez przedsiębiorcę określonego przez dominanta albo przez przyznanie takiemu przedsiębiorcy wyłączności w zakresie świadczenia usług odbierania takich odpadów (zob. np. decyzja Prezesa UOKiK z 3.08.2009 r., RGD-20/2009; decyzja Prezesa UOKiK z 3.08.2009 r., RGD-21/2009; decyzja Prezesa UOKiK z 3.08.2009 r., RGD-22/2009; decyzja Prezesa UOKiK z 3.08.2009 r., RPZ-10/2009; decyzja Prezesa UOKiK z 2.06.2009 r., RWR-08/2009).

<sup>20</sup> Co zazwyczaj następowało przez niewydanie zgody na zainstalowanie na tych zasobach urządzeń telekomunikacyjnych potrzebnych do świadczenia usług telekomunikacyjnych lub dostępu do Internetu albo utrudnianie takich instalacji względnie żądanie za udostępnienie tych zasobów znacznie wygórowanych opłat (zob. np. decyzja Prezesa UOKiK z 4.11.2008 r., RWR-74/08; decyzja Prezesa UOKiK z 24.08.2009 r., RLU-13/09; decyzja Prezesa UOKiK z 2.11.2010 r., RPZ-27/2010; decyzja Prezesa UOKiK z 24.11.2010 r., RŁO-36/2010; decyzja Prezesa UOKiK z 29.06.2011 r., RKR-20/2011; decyzja Prezesa UOKiK z 19.06.2011 r., RKT-17/2011).

<sup>21</sup> Zazwyczaj poprzez uniemożliwienie przedsiębiorcom świadczącym usługi pogrzebowe wykonywania na cmentarzu dominanta usług kopania grobu i/lub innych usług związanych z pochówkiem zmarłych albo obciążanie tych przedsiębiorców opłatą administracyjną niepobieraną od innych przedsiębiorców (zob. np. decyzja Prezesa UOKiK z 31.08.2009 r., RWR-23/2009; decyzja Prezesa UOKiK z 21.04.2009 r., RKT-09/2009; decyzja Prezesa UOKiK z 10.09.2009 r., RWR-24/2009; decyzja Prezesa UOKiK z 8.07.2011 r., RBG-10/2011; decyzja Prezesa UOKiK z 17.06.2011 r., RWR-10/2011).

<sup>22</sup> Np. uniemożliwienie producentom i importerom nasienia buhajów bezpośredniej sprzedaży nasienia inseminatorom działającym na terenie określonych województw (decyzja Prezesa UOKiK z 20.10.2009 r., RBG-16/2009); wypowiedzenie prawa korzystania z przystanku autobusowego (decyzja Prezesa UOKiK z 5.06.2009 r., RGD-10/2009); przyjęcie za kryterium oceny ofert w postępowaniu w sprawie zawarcia umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej okoliczności realizowania przez oferenta leczenia świadczeniobiorców w ramach danego zakresu świadczeń na podstawie umowy zawartej z NFZ (decyzja Prezesa UOKiK z 10.07.2009 r., RWA-9/2009).

<sup>23</sup> W tym znaczeniu, iż ani nie określa jakie konkretnie zachowania mogą stanowić przejaw wskazanego w nim ograniczania konkurencji ani także nie określa bliżej ogólnych warunków jego naruszenia (interpretacja zawartych w nim zwrotów pozostawiona została więc orzecznictwu; zob. niżej pkt 3).

<sup>24</sup> Na który wszak Prezes UOKiK bardzo często się powoływał, przytaczając go – oprócz art. 9 ust. 2 pkt 5 uokik (przy praktykach wykluczających) bądź oprócz art. 9 ust. 2 pkt 6 (przy praktykach eksploatacyjnych) – jako podstawę interwencji.

<sup>25</sup> Czego nie można twierdzić w odniesieniu do praktyk eksploatacyjnych; zob. szerzej K. Kohutek, *Naruszenie interesu publicznego a naruszenie konkurencji (na tle praktyk rynkowych dominantów)*, Państwo i Prawo nr 7/2010, s. 55-56.

<sup>26</sup> Artykuł 2 ustawy Shermana wprost zakazuje monopolizacji rynku, zatem praktyki, które godzą w konkurentów. W odróżnieniu od art. 9 uokik (jak i art. 102 TFUE), zakaz ów nie dotyczy praktyk eksploatacyjnych, w tym „stosowania cen wygórowanych/monopolistycznych” (*charging of monopoly prices*); *Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP*, 540 U.S. 398, 407 (2004).

<sup>27</sup> Art. 102 TFUE nie zawiera „odpowiednika” art. 9 ust. 2 pkt 5 uokik, a fakt, iż zawarty w tym pierwszym przepisie zakaz dotyczy także nadużyć wykluczających – szkodliwych dla konsumentów przez „wpływ na efektywną strukturę konkurencji” (*impact on an effective competition structure*) – przesądzony został w orzecznictwie; zob. pkt 26 wyroku TS z 2.02.1973 r. w sprawie 6/72 *Europemballage/Continental Can v. Komisja* (Zb. Orz. 1973, s. 215).

<sup>28</sup> Nie tylko w Polsce, ale także w UE, poszczególnych państwach członkowskich, jak i za Atlantykiem.



zagadnienia wynika przede wszystkim stąd, iż błędy antymonopolowe w tej materii mogą być bardzo kosztowne w ogólnym wymiarze społeczno-ekonomicznym. Są one prawdopodobne w szczególności w razie kierowania się przy kwalifikacji prawnej wykluczeń wyłącznie lub przede wszystkim ich formą i tym samym możliwością wpływu na strukturę konkurencji. Wprawdzie nie można twierdzić, iż ramy takie zostały w sposób jednoznaczny oraz definitywny wypracowane w czasie obowiązywania uokik z 2007 r., to jednak w okresie tym orzecznictwo kilkakrotnie użyło sformułowań precyzujących zasady interpretacji art. 9 ust. 2 pkt 5 uokik lub szerzej zakazu nadużyć wykluczających.

W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę na konstrukcję, która jest – a z pewnością może pretendować do – statusu **definicji ogólnej nadużyć wykluczających**. Taka przyjęta została w wyroku w sprawie *Marquard Media*<sup>29</sup>. Zdaniem SN, tego rodzaju nadużycie to zachowanie dominanta, „które będąc obiektywnie sprzeczne z wzorcami normalnej konkurencji może wpływać na strukturę rynku pozycji dominującej lub innego rynku i przybiera postać stosowania środków niemających związku z konkurencją merytoryczną o nabywców, bądź polega na stosowaniu środków używanych w toku rywalizacji na konkurencyjnych rynkach, które jednak są nieproporcjonalne na rynku dotkniętym zachowaniem dominującego przedsiębiorcy, utrudniając w ten sposób zachowanie lub rozwój istniejącej jeszcze na nim konkurencji”. Ta rozbudowana koncepcja nieco przypomina formułę *Hoffman-La Roche*, czyli orzecniczą definicję obowiązującą w prawie UE<sup>30</sup>. Podobieństwa uwidaczniają się w szczególności w szeroko ujętym „aspekcie strukturalnym” praktyki, czyli („możliwości wpływu na strukturę rynku”), a także w posługiwaniu się wieloznacznymi zwrotami na określenie tzw. „jakościowych” aspektów praktyki, czyli tych mających różnicować wykluczenia konkurencyjne od antykonkurencyjnych („konkurencja merytoryczna”, „wzorce normalnej konkurencji”<sup>31</sup>). Niewątpliwie tego rodzaju sformułowania nie pozwalają na dokonanie wspomnianej dystynkcji.

Zaletą cytowanej konstrukcji jest wyraźne zaakcentowanie, iż wywoływane zachowaniem dominanta wykluczenie może przejawiać się „na **innym rynku**”<sup>32</sup> (niż zdominowany). W praktyce przypadki takiego – „lewarowania” / „transferu” dominacji<sup>33</sup> – bardzo często miały miejsce. Tymczasem sama treść zarówno art. 9 uokik (jak i art. 9 ust. 2 pkt 5) nie wskazuje na istnienie takich strategii wykluczających mogących stanowić naruszenie tego przepisu. Orzecznictwo wypełnia więc tego rodzaju „lukę ustawową”<sup>34</sup>. Co więcej, określono w nim także warunki zasadności zarzutu tego rodzaju „**nadużycia lewarującego**”, wskazując po pierwsze, na wymóg stwierdzenia interesu ekonomicznego dominanta „w ograniczeniu zakresu działania lub wykluczeniu innych przedsiębiorców z innego rynku” oraz po drugie, na wymóg prowadzenia działalności przez dominanta na tymże rynku<sup>35</sup> („lewarowanym”).

<sup>29</sup> Wyrok SN z 19.08.2009 r., III SK 5/09, OSNP 2011/9-10/144). Do cytowanej definicji nawiązał SN także w późniejszych orzeczeniach; zob. np. wyrok z 18.02.2010 r., III SK 28/09, OSNP z 2011 nr 17 poz. 24.

<sup>30</sup> Zob. pkt 91 wyroku TS z 13.02.1979 r. w sprawie 85/76 *Hoffmann-La Roche & Co. AG v. Komisja* (Zb. Orz. 1979, s. 461).

<sup>31</sup> Szerzej na temat tej definicji nadużyć wykluczających oraz jej oceny zob. K. Kohutek, *Stosowanie selektywnych obniżek cenowych powyżej kosztów. Generalny koncept nadużycia wykluczającego. Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 19 sierpnia 2009 r.*, Glosa nr 4/2010, s. 108-111.

<sup>32</sup> Zwany rynkiem powiązanym (zob. wyrok SN z 14.11.2008 r., III SK 9/08; LEX nr 479321; wyrok SOKiK z 4.03.2008 r., XVII Ama 70/07; wyrok SOKiK z 4.01.2008 r., XVII Ama 72/07), sąsiednim (wyrok Sądu Antymonopolowego z 11.12.2000 r., XVII Ama 45/00, niepubl.), współzależnym (wyrok SOKiK z 4.08.2008 r., XVII Ama 4/08) lub połączonym (wyrok SOKiK z 9.11.2006 r., XVII Ama 114/05). Treść formuły *Hoffmann-La Roche* zbyt wąsko określa możliwość „zakres terytorialny” antykonkurencyjnego wykluczenia, sprowadzając go tylko do rynku zdominowanego.

<sup>33</sup> Terminem takim („transfer pozycji dominującej”) posługuje się także orzecznictwo; zob. np. wyrok SN z 19.02.2009 r. (III SK 31/08, LEX nr 503413).

<sup>34</sup> Oczywiście nie jest to klasyczna luka prawna, a jedynie dowód na to, iż sama treść art. 9 uokik w ograniczonym zakresie odpowiada zachowaniom jakie w praktyce często stanowią przejaw antykonkurencyjnego wykluczenia na skutek unilateralnych praktyk dominantów. Oczywiście przepis z formalnego punktu widzenia stanowi podstawę do obejmowania jego zakresem przedmiotowym również „nadużyć lewarujących” (*leveraging abuses*); R. O'Donoghue, A.J. Padilla, *The Law and Economics of Article 82 EC*, Oxford, Portland, Oregon 2006, zob. s. 207. Także takie zachowania stanowią „nadużywanie pozycji dominującej na rynku właściwym” (art. 9 ust. 1 uokik), który jest wszakże rynkiem innym niż rynek, na jakim przedsiębiorca posiada pozycję dominującą.

<sup>35</sup> Wyrok SN z 19.02.2009 r., III SK 31/08, LEX nr 503413.

Warunki te są ze sobą funkcjonalnie powiązane; zazwyczaj wspomniany interes dominanta występuje, jeżeli on sam prowadzi działalność na rynku lewarowanym (względnie prowadzi ją podmiot zależny lub z nim powiązany). Warunek wykazania interesu ekonomicznego dominanta (przez podmiot zarzucający naruszenie art. 9 uokik) wymaga więc zbadania (a co najmniej uwzględnienia w analizie prawnej praktyki) także bodźców tego przedsiębiorcy do podejmowania tego typu praktyk (nawiązując tym samym do teorii szkoły Chicago<sup>36</sup>).

Godnym uwagi jest, iż w zasadzie wszystkie „typowe” nadużycia na rynkach lokalnych w jakie ingerował Prezes UOKiK w trybie art. 9 uokik (zob. pkt 1) przejawiały się nie tyle we wzmocnieniu siły dominanta na rynku zdominowanym<sup>37</sup>, ile w jej „transferze” na inne rynki, zazwyczaj konkurencyjne, a w każdym razie takie na jakich pożądana rywalizacja przedsiębiorstw mogłaby zaistnieć lub się rozwinąć z korzyścią dla konsumentów (w razie braku tych praktyk). Uprawnionym jest więc stanowisko, iż wiele (a być może nawet większość) „wykluczających naruszeń” art. 9 uokik można kategoryzować jako nadużycia lewarujące<sup>38</sup>.

### 3. Pojęcie wykluczenia z rynku a wykładnia art. 9 ust. 2 pkt 5 uokik

Oczywiście nadużycia wykluczające (tj. te, o których mowa w art. 9 ust. 2 pkt 5 uokik) nie sprowadzają się wyłącznie do praktyk lewarujących, odnosząc się do wszelkich wykluczeń konkurentów (także z rynku zdominowanego). Orzecznictwo SN (zwłaszcza z ostatnich 3-4 lat) kilkakrotnie dokonywało wykładni tego przepisu w sposób pozwalający na kreowanie pewnych generalnych dyrektyw w tej materii. W odróżnieniu od definicji antykonkurencyjnego wykluczenia przyjętej przez Komisję w Wytycznych, konstrukcje wypracowane na gruncie ww. przepisu nie wyodrębniały dwóch osobnych przesłanek nadużycia wykluczającego, tj. pierwszej wymagającej ustalenia samego wykluczenia oraz drugiej nakazującej badać, czy wykluczenie to jest antykonkurencyjne<sup>39</sup>. Konstrukcje te nakazują dokonywanie bardziej „zintegrowanej” analizy praktyk dominanta, przewidując konieczność zbadania ogólnego ich wpływu na funkcjonowanie konkurencji na rynku (a nie konkretnego przedsiębiorcy<sup>40</sup>).

Na podstawie jednego z wyroków można dedukować „**definicję**” **wykluczenia z rynku** („ograniczenia dostępu do rynku”), dokonaną właśnie w kontekście praktyki określonej w art. 9 ust. 2 pkt 5 uokik (tj. należącej „do ograniczeń konkurencji o charakterze wykluczającym”). Zdaniem SN, ograniczenie takie „polega zarówno na faktycznym uniemożliwieniu rozpoczęcia lub dalszego prowadzenia działalności na danym rynku, jak i na uczynieniu tej działalności nieopłacalną lub mniej opłacalną niż w warunkach panujących na rynku konkurencyjnym (...)”<sup>41</sup>, przy czym wykluczenie odnosić się

<sup>36</sup> Na gruncie tej szkoły głoszone (m.in.) tzw. „teorie niemożliwości” (*impossibility theorem*), utrzymujące, iż często niemożliwe jest, aby nawet przedsiębiorstwa, które posiadają znaczącą siłę rynkową do podejmowania antykonkurencyjnych strategii wykluczających, strategii takich faktycznie nie podejmowały z racji braku posiadania ekonomicznych bodźców (D. Evans, J. Padilla J., *Designing Antitrust Rules for the Assessment of Unilateral Practices: A Neo-Chicago Approach*, 72 University of Chicago Law Review 73, nr 1/2005, s. 77). Z tego względu, w takich przypadkach, skutki wykluczające wskazanych praktyk nie powinny być postrzegane jako antykonkurencyjne.

<sup>37</sup> Co w praktyce i tak nie było możliwe ani nawet potrzebne (dla dominanta). Jak wskazano wyżej (pkt 2.1), rynki te były objęte monopolem prawnym lub naturalnym. Dlatego też tego rodzaju kwalifikowana dominacja miała zarazem charakter trwały, gwarantując dominantowi „100% udział” w danym rynku.

<sup>38</sup> Jak np. lewarowanie dominacji na rynku usług cmentarnych na rynek usług pogrzebowych; lewarowanie dominacji na rynku zasobów mieszkaniowych dominanta na rynek usług telekomunikacyjnych lub dostępu do Internetu; lewarowanie dominacji na rynku usług użyteczności publicznej (np. organizacji usług wywozu i składowania odpadów komunalnych) na rynek odbioru odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości.

<sup>39</sup> Zgodnie z punktem 19 Wytycznych antykonkurencyjne wykluczenie (*anticompetitive foreclosure*) to sytuacja, gdy „efektywny dostęp aktualnych lub potencjalnych konkurentów do towarów/usług lub rynków jest utrudniony lub uniemożliwiony wskutek działania przedsiębiorstwa dominującego” (pierwsza przesłanka), „w związku z czym przedsiębiorstwo dominujące może być w stanie podwyższać ceny w sposób opłacalny ze szkodą dla konsumentów” (druga przesłanka).

<sup>40</sup> Zob. np. wyrok SN z 3.03.2010 r., III SK 37/09, OSN 2011/19-20/264, w którym dla stwierdzenia sprzeczności z zakazem z art. 9 ust. 1 uokik za niewystarczające uznano „samo ograniczenie swobody działania innego przedsiębiorcy”.

<sup>41</sup> Wyrok SN z 13.05.2008 r., III SK 30/07, OSNP 2009/15-16/216.

może zarówno do konkurencji faktycznej, jak i potencjalnej<sup>42</sup> (podobna – jakkolwiek nieco bardziej ogólna konstrukcja dotycząca koncepcji wykluczenia – zaprezentowana została także w późniejszym orzecznictwie<sup>43</sup>). Cytowana definicja nie stanowi (a przynajmniej nie powinna stanowić) wystarczającej podstawy analitycznej do różnicowania wykluczeń antykonkurencyjnych od tych będących następstwem społecznie pożądanego konkurencji. W szczególności czynienie działalności konkurenta „mniej opłacalną” to sytuacja, która nierzadko stanowi skutek takiej konkurencji<sup>44</sup>; nie powinny zachodzić wątpliwości, iż tego rodzaju praktyki dominanta (nawet jeśli wykluczają lub wręcz eliminują rywali z rynku<sup>45</sup>) nie powinny być kwalifikowane jako naruszenie art. 9 ust. 2 pkt 5 uokik (jak i generalnie całego art. 9 uokik). W przeciwnym razie ustawa antymonopolowa nie tylko nie byłaby stosowana w celu dla którego została ustanowiona – tj. dla ochrony konkurencji jako mechanizmu, „który prowadzi do podniesienia poziomu dobrobytu konsumentów”<sup>46</sup> – ale sama ograniczałaby tak pojmowaną konkurencję (błąd w postaci fałszywego pozytywu). Wydaje się wszakże, iż – zwłaszcza w świetle kilku niedawno wydanych orzeczeń SN – tego rodzaju interpretacja zakazu nadużyć wykluczających jest mało prawdopodobna. Wynika z nich bowiem, iż SN opowiada się raczej za zawężającą wykładnią art. 9 ust. 2 pkt 5 uokik, a w każdym razie za taką, która powinna pozwalać na unikanie powyższych błędów.

Po pierwsze, praktyki wykluczające dominantów, aby mogły być postrzegane jako możliwe naruszenie zakazu nadużycia, powinny kreować „**przeszkody o charakterze fundamentalnym**”, tj. takie, które dotyczą „warunków koniecznych dla skutecznego wejścia na rynek lub funkcjonowania na nim”<sup>47</sup> przez konkurentów dominanta. Po drugie, sąd akcentuje znaczenie wymogu „niezbędności” warunków, jaki wprost wynika z treści powyższego przepisu; w tym kontekście trafnie zwraca uwagę, iż chodzi o takie warunki „bez których działanie konkurentów nie byłoby na rynku w ogóle możliwe lub nieopłacalne”, konstatując iż przepis ten nie może być rozumiany jako taki, który odnosi się do „różnego rodzaju przejawów utrudniania konkurentom działalności na rynku”<sup>48</sup>. Po trzecie wreszcie, dla stwierdzenia naruszenia art. 9 ust. 2 pkt 5 uokik konieczne jest, aby praktyki dominanta wpływały „**w odczuwalny sposób na konkurencję**”<sup>49</sup>.

Przytoczone sformułowania – choć nie są jednoznaczne<sup>50</sup> – mają ważne znaczenie. Ograniczają bowiem możliwość takiego stosowania zakazu nadużycia wykluczającego, które jedynie w nieznacznym zakresie oddziałuje na efektywne funkcjonowanie rynku, w istocie szkodząc przede wszystkim

<sup>42</sup> Według SN badana praktyka „może być podejmowana zarówno na etapie wchodzenia konkurenta na rynek, jak i na etapie gdy konkurent już działa na tym rynku” (wyrok cyt. w przyp. wyżej). Stanowisko to koresponduje z definicją legalną „konkurentów” za jakich ustawa uznaje „przedsiębiorców którzy wprowadzają lub mogą wprowadzać albo nabywają lub mogą nabywać, w tym samym czasie, towary na rynku właściwym” (art. 4 pkt 11 uokik).

<sup>43</sup> Zob. wyrok SN z 19.02.2009 r., III SK 31/08, LEX nr 503413 („zachowanie przedsiębiorcy posiadającego pozycję dominującą, które uniemożliwia lub utrudnia działalność konkurentów na dotkniętym rynku właściwym, poprzez stworzenie barier wejścia na rynek lub rozwoju podmiotów już działających na rynku”).

<sup>44</sup> Czyli konkurencji „merytorycznej”, tj. zwłaszcza tej opartej o efektywność; zob. np. G. Niels, H. Jenkins, J. Kavanagh, *Economics for Competition Lawyers*, Oxford University Press 2011, s. 182. Przykładowo, działalność konkurentów stanie się mniej opłacalna (gdyż wymagająca dokonania określonych inwestycji i poniesienia nierzadko związanych z nimi kosztów albo obniżenia cen i tym samym zysków po stronie konkurentów), w przypadku gdy dominant zacznie oferować produkty bardziej zaawansowane technologicznie lub po obniżonych cenach (jakkolwiek powyżej jego własnych kosztów).

<sup>45</sup> Mimo sugestii językowej – koncepcja wykluczenia z rynku – nie powinna być zawężana do eliminacji konkurentów; wniosek taki jest uzasadniony zarówno w świetle „definicji wykluczenia” z wyroku SN z 13.05.2008 r., jak i konstrukcji Komisji przyjętej w Wytycznych (zob. przypis nr 39). Co więcej, sprowadzenie znaczenia wykluczenia do eliminacji konkurenta byłoby konstrukcją rodzącą zbyt wysokie ryzyko fałszywych negatywów.

<sup>46</sup> Zob. wyrok SN z 19.10.2006 r., III SK 15/06; OSNP 2007/21-22/337, w którym sąd ów za „sprzeczne z naczelną funkcją ustawy” (antymonopolowej) uznał praktyki, które „godzą w dobrobyt konsumenta”.

<sup>47</sup> Wyrok SN z 19.02.2009 r., III SK 31/08, LEX nr 503413, oraz wyrok SN z 3.03.2010 r., III SK 37/09, OSN 2011/19-20/264.

<sup>48</sup> Wyrok SN z 18.02.2010 r., III SK 28/09, OSNP z 2011 nr 17 poz. 24 (w którym sąd powołuje się zarazem na swoje – cytowane już wyżej – wyroki z 19.02.2009 r. oraz 19.08.2009 r.).

<sup>49</sup> Wyrok SN z 19.02.2009 r., III SK 31/08, LEX nr 503413.

<sup>50</sup> Trudno bowiem ustalić jakie praktyki kreują bariery „fundamentalne” – zatem mogące rodzić odpowiedzialność za naruszenie art. 9 uokik, a które nie rodzą takiego ryzyka; również warunek odczuwalności wpływu praktyki na konkurencję nie jest precyzyjny (a na pewno nie tak jak np. w przypadku ustawowych wyłączeń spod zakazu karteli z art. 7 ust. 1 uokik).

jednemu bądź niektórym przedsiębiorcom (niekoniecznie tylko konkurentom dominanta) i tym samym nie pozostając w kolizji z ultymatywnym celem ustawy (zob. wyżej). W takich okolicznościach zachowania dominanta prawdopodobnie nie są w stanie ograniczyć konkurencji stanowiącej przedmiot ochrony w interesie publicznym, o jakim mowa w art. 1 ust. 2 uokik<sup>51</sup>. Z tego powodu ingerencja antymonopolowa nie jest wskazana (mogąc być nawet szkodliwą<sup>52</sup>). Na uwagę zasługuje także fakt, iż w zasadzie żadne z przywołanych sformułowań nie odnosi się do tzw. „jakościowych” aspektów wykluczenia, tj. jego sposobu, okoliczności rynkowych, motywów (zob. niżej), koncentrując się przede wszystkim na wpływie praktyki na strukturę samego rynku<sup>53</sup>, a ściślej stopniu/zakresie trudności kontynuowania lub rozpoczęcia na nim działalności przez innych przedsiębiorców (w związku z praktykami dominanta). Jak już wskazano wyżej, takie trudności niewątpliwie mogą być powodowane także przez intensywną konkurencję ze strony dominanta.

#### 4. Przesłanka celu wykluczenia z rynku oraz efektywności: niejednolitość poglądów Sądu Najwyższego

Wspomniane wyżej „jakościowe” aspekty wykluczenia w założeniu powinny determinować, a przynajmniej ułatwić rozgraniczenie takich wykluczeń, które są efektem konkurencji<sup>54</sup> od tych które ją ograniczają (jej „przeciwdziałają”; art. 9 ust. 2 pkt 5 uokik). W tej materii orzecznictwo SN nie prezentuje spójnego stanowiska.

Brak jednolitości przejawia się w przedmiocie znaczenia **zamiaru (celu) wykluczenia** z rynku konkurentów jako przesłanki relewantnej dla dokonywania wspomnianych dystynkcji. Z jednej strony sąd ów podkreślił „obiektywny charakter koncepcji nadużycia pozycji dominującej”<sup>55</sup>, co akcentuje odrzucenie intencji (motywów) dominanta w podejmowaniu określonych zachowań; z drugiej jednak – już w tym samym wyroku – nie wykluczył możliwości brania pod uwagę także „elementu subiektywnego (...) przy kwalifikowaniu zachowania przedsiębiorcy jako praktyki ograniczającej konkurencję”<sup>56</sup>. W innym orzeczeniu SN za niewystarczające dla stwierdzenia naruszenia art. 9 ust. 2 pkt 5 uokik uznał wykazanie, iż dominant „działał co najmniej z zamiarem osłabienia konkurencji”<sup>57</sup>. Z takiego stanowiska dość jednoznacznie wynika, iż cel wykluczenia z rynku konkurentów nie jest czynnikiem wskazującym na – a tym bardziej determinującym – antykonkurencyjny charakter wykluczenia. Jakkolwiek inny wniosek płynie już z wcześniej wydanych wyroków, w których SN uczynił zamiar (motyw) wykluczenia elementem stanowiącym co najmniej jeden z ważnych argumentów przemawiających za uznaniem praktyk dominanta za stanowiące naruszenie art. 9 uokik<sup>58</sup>. Taka wykładnia

<sup>51</sup> Szerzej na temat ochrony konkurencji przez praktykami dominantów, które naruszają zarazem interes publiczny stanowiący warunek administracyjnoprawnego stosowania ustawy antymonopolowej, zob. K. Kohutek, *Naruszenie interesu publicznego...*, s. 45-56.

<sup>52</sup> Gdyż skutkującą „chłodzeniem” zachowań (strategii), które – zwłaszcza w dłuższej perspektywie – mogą prowadzić do korzystnych skutków ekonomiczno-społecznych; zob. też np. J. Fingleton, A. Nikpay, *Stimulating or Chilling Competition* [w:] *Fordham Competition Law Institute. International Antitrust Law & Policy*, B. Hawk (ed.), New York 2009, s. 386, 387.

<sup>53</sup> Szerzej na temat zasadności wyodrębnienia – na potrzeby oceny prawnej praktyk dominantów – tzw. aspektów (przesłanek) „jakościowych” oraz „ilościowych” („strukturalnych”), a także zasad ich stosowania, zob. K. Kohutek, *Praktyki wykluczające przedsiębiorstw dominujących. Prawidłowość i stosowalność reguł prawa konkurencji*, Warszawa 2012 (w druku).

<sup>54</sup> Stąd zarazem nie mogą być postrzegane jako „przeciwdziałanie warunków niezbędnych do jej powstania bądź rozwoju” w rozumieniu art. 9 ust. 2 pkt 5 uokik.

<sup>55</sup> W czym nawiązał do unijnej formuły *Hoffman-La Roche* (*the concept of abuse is an objective concept*); pkt 91 wyroku w tej sprawie.

<sup>56</sup> Wyrok SN z 18.02.2010 r., III SK 24/09, OSNP 2011/15-16/222.

<sup>57</sup> Wyrok SN z 18.02.2010 r., III SK 28/09, OSNP 2011 nr 17 poz. 24.

<sup>58</sup> Zob. np. wyrok SN z 14.09.2006 r., III SK 13/06 (OSNP 2007/17-18/265), w którym – zdaniem SN – dominant (PKS) „wyraźnie i celowo podejmował szereg ustalonych działań tylko po to, ażeby wyłączyć z rynku usługi przedsiębiorstwa konkurencyjnego”, albo wyrok z 19.08.2009 r., III SK 5/09, OSNP 20011/9-10/144 (*Marquard Media*), w którym SN w zachowaniach tego przedsiębiorcy dopatrywał się „antykonkurencyjnego motywu”, jaki przyświecał mu przy obniżkach cenowych. Podkreślił zarazem, iż „celem strategii” dominanta było „zaszkodzenie konkurentowi za pomocą środków, które (...) nie mają nic wspólnego z konkurencją merytoryczną”.



jest o tyle znamienna, iż przepis ów – w odróżnieniu od art. 6 uokik – nie stanowi o „celu” (ani także o „skutku”) ograniczenia konkurencji przez badane zachowania.

Czynnikiem różnicującym wykluczenia antykonkurencyjne od społecznie nieszkodliwych, może być także **efektywność**, mierzona za pomocą **testu cenowo-kosztowego**. Wprawdzie orzecznictwo wprost nie posługiwało się taką terminologią, niemniej jednak z relacji cen produktów (usług) dominanta do kosztów ich wytworzenia (świadczenia) wywodziło skutki prawno-konkurencyjne. Również w tej materii SN nie jest konsekwentny. Stwierdza bowiem, iż jeśli „obniżka nie skutkuje stosowaniem cen poniżej kosztów” dominanta, wówczas „nie ogranicza konkurencji w rozumieniu art. 8 ust. 2 pkt 5 ustawy”<sup>59</sup> (obecnego art. 9 ust. 2 pkt 5 uokik). Mimo takiej jednoznacznej formuły, stosowanie redukcji cenowych pozostających powyżej kosztów – wedle orzecznictwa – nie daje gwarancji zgodności takich praktyk z zakazem nadużycia wykluczającego. W rok wcześniej wydanym wyroku SN podzielił stanowisko Sądu Apelacyjnego w Warszawie, uznając iż „cena może zostać uznana za nieuczciwą, nawet jeżeli nie jest ceną poniżej kosztów”<sup>60</sup>. Stosowanie takich cen stanowi zaś przejaw „nazwanej” praktyki stanowiącej nadużycie pozycji dominującej<sup>61</sup> (zob. art. 9 ust. 2 pkt 1 uokik). Tym samym, nawet jeśli pozostawanie ceny powyżej kosztów wykluczać będzie zasadność zarzutu naruszenia art. 9 ust. 2 pkt 5 uokik, to nadal mogą zachodzić podstawy do stwierdzenia nadużycia, o ile tylko dana cena zostanie uznana za nieuczciwą (w rozumieniu tego pierwszego przepisu). W praktyce wszakże w znacznej większości przypadków o nieuczciwości ceny przesądzał jej nadmiernie wygórowany charakter (nadużycie eksploatacyjne; zob. niżej, pkt 3), mimo że art. 9 ust. 2 pkt 1 uokik za nieuczciwe *expressis verbis* traktuje również ceny „rażąco niskie” (drapieżne), zatem te, które uderzają w konkurentów dominanta (nadużycie wykluczające). Sąd Najwyższy – dokonując ściśle literalnej wykładni tego przepisu – skonstatował jednak, iż cen nieuczciwych nie można narzucić konkurentowi, a jedynie kontrahentowi lub konsumentowi<sup>62</sup>. Ponieważ zaś treść tego przepisu wyraźnie stanowi o „narzuceniu” (a nie np. stosowaniu<sup>63</sup>) cen nieuczciwych, zajęte przez sąd stanowisko (choć logicznie i językowo uzasadnione), bezprzedmiotowym czyni powoływanie się na ów przepis jako podstawę ingerencji w ceny drapieżne<sup>64</sup> (mimo że – jak się wydaje – nie taka była intencja ustawodawcy<sup>65</sup>).

### III. Nadużycia eksploatacyjne: nieuczciwość a uciążliwość narzucanych warunków – rozbieżność tylko językowa?

Generalna koncepcja nadużyć eksploatacyjnych kształtowana była w orzecznictwie już w okresie obowiązywania dwóch poprzednich, powojennych ustaw antymonopolowych. Wynika z nich, iż istotą tego rodzaju zachowań jest wymuszenie przez dominanta na jego kontrahentach (klientach) uczestnictwa w obrocie na zasadach im narzuconych, które są mniej korzystne niż miałyby to miejsce

<sup>59</sup> Wyrok SN z 18.02.2010 r., III SK 28/09, OSNP z 2011 nr 17 poz. 24.

<sup>60</sup> Wyrok SN z 19.08.2009 r., III SK 5/09, OSNP 2011/9-10/144.

<sup>61</sup> O cenach nieuczciwych (*unfair*) wprost stanowi także unijny zakaz nadużycia pozycji dominującej (art. 102 lit. „a” TFUE).

<sup>62</sup> Wyrok SN z 19.08.2009 r., III SK 5/09, OSNP 2011/9-10/144 („nie można narzucić nieuczciwej ceny konkurentowi (niebędącemu jednocześnie nabywcą towarów dominanta), w ten sposób, że stosując określoną cenę zmusza się go do wprowadzenia innej ceny na własne towary, tak by móc sprostać konkurencji ze strony dominanta”).

<sup>63</sup> Zob. też D. Miąsik [w:] T. Skoczny, A. Jurkowska, D. Miąsik (red.) *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 633.

<sup>64</sup> Zatem znajdujące się poniżej kosztów ceny sprzedaży stosowane w celu wykluczenia konkurentów. Takie bowiem praktyki mogą (w dłuższej perspektywie) być szkodliwe dla konsumentów.

<sup>65</sup> Artykuł 9 ust. 1 pkt 2 uokik to jedyny wśród przykładów możliwych nadużyć, który niewątpliwie dotyczy praktyk cenowych; tylko bowiem w tym przepisie ustawa *expressis verbis* używa terminu „cena” przy określaniu zachowań dominantów.

w warunkach istnienia konkurencji<sup>66</sup>; za pomocą takich praktyk dominant wyzyskuje swoich klientów (kontrahentów).

Ostatnie pięciolecie – w tym zwłaszcza wypowiedzi SN – częściowo potwierdzają, częściowo zaś uzupełniają reguły interpretacji oraz konceptualizacji zakazu nadużyć eksploatacyjnych. W przypadku tego rodzaju nadużyć, kluczowe znaczenie w ich identyfikacji odgrywały kryteria „nieuczciwości” oraz „uciążliwości” warunków (w tym cen) narzucanych przez dominantę. Kryteria te wynikają wprost z brzmienia ustawy (art. 9 ust. 2 pkt 1 oraz pkt 6 uokik<sup>67</sup>). Powołane przepisy – podobnie jak art. 9 ust. 2 pkt 5 uokik w odniesieniu do nadużyć wykluczających – można postrzegać jako „szczególne” podstawy prawne interwencji w praktyki dominanty w związku z zarzutem naruszenia wspomnianego zakazu.

Zarówno nieuczciwość, jak i uciążliwość to pojęcia niejednoznaczne. Z porównania treści art. 9 ust. 2 pkt 1 oraz art. 9 ust. 2 pkt 6 uokik wynika wszak, iż nieuczciwości przypisywać należałoby niejako „wyższy stopień eksploatacji” niż uciążliwości; dla stwierdzenia nadużycia ten drugi wymaga bowiem dodatkowej przesłanki<sup>68</sup>, tj. przynoszenia dominantowi nieuzasadnionych korzyści. Przesłanka ta nie jest zaś konieczna w razie gdy przedmiotem zarzutu jest narzucenie warunków (cen) nieuczciwych<sup>69</sup>. Inna (np. czysto literalna) interpretacja, tj. zwłaszcza uznająca, „nieuczciwość” i „uciążliwość” za pojęcia tożsame, zbędnym czyniłaby wyróżnianie obu tych pojęć w ustawie jako przesłanek warunkujących stwierdzanie nadużycia eksploatacyjnego<sup>70</sup>.

Zarówno orzecznictwo sprzed 2007 r., jak i to wydane w okresie obowiązywania aktualnej ustawy nie wypracowało precyzyjnych reguł interpretacji (a zwłaszcza różnicowania) pojęć „nieuczciwości” i „uciążliwości”, a w każdym razie takich, które jednoznacznie z tym pierwszym wiązałyby większy stopień wyzysku klientów/kontrahentów dominanty. W doktrynie trafnie zauważa się, iż w przedmiocie pojmowania przesłanki uciążliwości ukształtowały się dwie linie orzecznicze: jedna utożsamiająca je z takimi, które odbiegają od warunków stosowanych na rynkach konkurencyjnych, druga zaś z warunkami nieekwiwalentnymi<sup>71</sup>. Tymczasem także warunki nieuczciwe rozumiane są w judykaturze jako te, które są nieekwiwalentne<sup>72</sup>.

Wydane w ostatnich 5 latach wyroki SN nasilają – a co najmniej kontynuują – tendencję do zacierania się merytorycznych różnic występujących między przesłankami nieuczciwości i uciążliwości. W jednym z wyroków uznano, iż nieuczciwość warunków należy oceniać „zarówno z perspektywy kryteriów ekonomicznych jak i prawnych”<sup>73</sup>. Do kryteriów prawnych SN odwoływał się już wcześniej – jakkolwiek przy ocenie przesłanki uciążliwości<sup>74</sup>. Ekonomiczny aspekt oceny nieuczciwości warunków zasługuje wprawdzie na aprobatę, pozwalając (m.in.) za takie traktować warunki przerzucające na

<sup>66</sup> Zob. np. wyroki Sądu Antymonopolowego z: 10.05.1993 r., Wokanda 1993/9/37; 29.12.1993, XVII Amr 42/93, Wokanda 1994/5/5; 25.01.1995 r., XVII Amr 51/94, Wokanda 1995/12/58; 11.12.1996 r., XVII Ama 59/96, LEX nr 56166; 17.12.1997 r., XVII Ama 43/97, Wokanda 1998/9/58.

<sup>67</sup> Oba te przepisy przewidują zarazem, iż warunki (ceny) nieuczciwe lub uciążliwe powinny być przez dominantę narzucone.

<sup>68</sup> Obok przesłanki „narzucenia” warunków oraz przesłanki „uciążliwości/nieuczciwości” tych warunków.

<sup>69</sup> Potwierdza to zarówno starsze, jak i nowsze orzecznictwo; zob. wyrok SOKiK z 21.08.2003 r., XVII Ama 108/02, Wokanda 2004 nr 7-8, s. 92, oraz wyrok SN z 19.02.2009 r., III SK 31/08, LEX nr 503413.

<sup>70</sup> Tak również, D. Miąsik (w:) T. Skoczny, A. Jurkowska, D. Miąsik (red.) *Ustawa...*, s. 637.

<sup>71</sup> D. Miąsik (w:) T. Skoczny, A. Jurkowska, D. Miąsik (red.) *Ustawa...*, s. 693-695 oraz cyt. tam orzecznictwo z lat 1992-2007.

<sup>72</sup> Takie stanowisko – zwłaszcza w kontekście definiowania ceny nieuczciwej jako ceny nieekwiwalentnej – zajął SN w wyroku z 25.05.2004 r., III SK 50/04; OSNP 2005/11/166 (zarówno literalna, jak i funkcjonalna wykładnia art. 9 ust. 2 pkt 1 uokik uzasadnionym czyni postrzeganie ceny jako warunku zakupu albo sprzedaży towarów, który podlega ewaluacji w kontekście nieuczciwości). Trzy lata później SN uznał, iż „uciążliwe warunki polegają na zastrzeżeniu w umowie świadczeń o charakterze nieekwiwalentnym”, w ten sposób utożsamiając – a zapewne mocno „zbliżając” pod względem znaczenia – pojęcia nieuczciwości i uciążliwości (wyrok SN z 14.03.2007 r., I CSK 454/06, LEX nr 428713).

<sup>73</sup> Wyrok SN z 19.02.2009 r., III SK 31/08, LEX nr 503413.

<sup>74</sup> A konkretnie „przepisów odrębnych ustaw normujących dany typ umowy”; wyrok SN z 14.03.2007 r., I CSK 454/06, LEX nr 428713.

kontrahenta dominanta koszty jakie zwyczajowo ponosi ten drugi<sup>75</sup> bądź też koszty jakie faktycznie nie zostały przez dominanta poniesione<sup>76</sup>; niestety aspekt ów nie wprowadza kryterium rozgraniczającego zakres pojęciowy powyższych przesłanek<sup>77</sup>. Wreszcie znaczne podobieństwa pomiędzy nimi uwidaczniają się także na podstawie testu służącemu ustaleniu, czy cena jest nadmiernie wygórowana w rozumieniu art. 9 ust. 2 pkt 1 uokik (i stąd nieuczciwa<sup>78</sup>). W wydanym przed dwoma laty orzeczeniu, SN potwierdził dotychczasową linię orzeczniczą i uznał, że cenę taką identyfikuje się na podstawie „metody kosztowej” (wymagającej porównania ceny z kosztami wytworzenia towaru) oraz „metody porównawczej”<sup>79</sup> (wymagającej porównania cen stosowanych przez dominanta z cenami jego potencjalnych konkurentów stosowanych na innych rynkach geograficznych, zbliżonych pod względem produktowym do rynku zdominowanego<sup>80</sup>). Zastosowanie tych metod prowadzić ma do ustalenia czy narzucana przez dominanta cena „istotnie narusza zasadę ekwiwalentności”<sup>81</sup>. Jak to zaś wskazano wyżej, brak ekwiwalentności świadczeń przez narzucane przez dominanta warunki jest podstawą do uznania ich za uciążliwe (w rozumieniu art. 9 ust. 2 pkt 6 uokik). Należy jednak zaznaczyć, iż cena nadmiernie wygórowana, będąc szczególnym – można rzecz „kwalifikowanym” – przypadkiem ceny wygórowanej, cechuje się większym zakresem wyzysku (ekonomicznej dysproporcji świadczeń<sup>82</sup>) niż cena „tylko” wygórowana (co słusznie potwierdzono także w nowszym orzecznictwie<sup>83</sup>). Wynikający z językowo-systemowej wykładni art. 9 ust. 2 pkt 1 i pkt 6 uokik wymóg węższego pojmowania przesłanki nieuczciwości od przesłanki uciążliwości (zob. wyżej), w istocie uwidacznia się jedynie gdy z tą drugą konfrontowana jest kwalifikowana postać tej pierwszej<sup>84</sup>.

<sup>75</sup> Wyrok SN z 19.02.2009 r., III SK 31/08, LEX nr 503413; wyrokiem tym SN niejako kontynuuje „ekonomiczną wykładnię” przesłanki nieuczciwości jakiej dokonywał w poprzednich orzeczeniach; zob. np. wyrok SN z 25.05.2004 r., III SK 50/04, OSNP 2005/11/166, z którego wynika, iż cena „niemająca oparcia w uzasadnionych kosztach” to cena nieuczciwa, o której mowa w art. 9 ust. 2 pkt 1 uokik

<sup>76</sup> Zob. np. wyrok SN z 12.02.2009 r., SK 29/08, OSNP 2010/15-16/204. W orzeczeniu tym SN – w kontekście ceny nieuczciwej w znaczeniu art. 9 ust. 2 pkt 1 uokik – stwierdził, iż jest nią także taka cena uwzględniająca koszt, który nie został przez dominanta poniesiony.

<sup>77</sup> Uciążliwym jest bowiem warunek stanowiący dla jednej ze stron ciężar większy od powszechnie przyjętych w stosunkach danego rodzaju (wyrok SN z 14.03.2007 r., I CSK 454/06, LEX nr 428713). W tego rodzaju stosunkach „typowych”, zazwyczaj zachowana jest równowaga ekonomiczna świadczeń, tj. każda ze stron umowy (potencjalnej umowy i/lub relacji handlowej) obciążana jest „własnymi” kosztami, tj. takimi jakie zgodnie z przyjętymi na rynku konkurencyjnym zwyczajami handlowymi i praktykami biznesowymi ciąży na każdej z tych stron. Odstępstwo od takiej równowagi może – w świetle przytaczanych wyroków – być postrzegane zarówno jako przejaw zachowań „uciążliwych” jak i „nieuczciwych” i stąd zakazanych na mocy art. 9 uokik (zob. też wyrok SOKiK z 26.11.2003 r., XVII Ama 8/03, Wokanda 2004 nr 12, s. 55, w którym za nieuczciwe uznano warunki umożliwiające dominantowi osiągnięcie korzyści o wiele większych niż udało mu się osiągnąć w warunkach rynku konkurencyjnego).

<sup>78</sup> Jakkolwiek cena nieuczciwa jest pojęciem szerszym niż cena nadmiernie wygórowana; tak też słusznie, D. Miąsik, (w:) T. Skoczny, A. Jurkowska, D. Miąsik (red.) *Ustawa...*, s. 631. Cena nieuczciwa to bowiem również cena rażąco niska (zob. wyżej), jak i taka, która nie jest ani nadmiernie wygórowana ani także rażąco niska, a np. wynika z tzw. subsydiowania skrośnego (wyrok SN z 12.02.2009 r., SK 29/08, OSNP 2010/15-16/204, czy też stanowi praktykę tzw. zaniżania marży (zob. pkt 183 wyroku TS z 14.10.2010 r. w sprawie C280/08 P *Deutsche Telekom AG v. Komisja* (nieopublikowany); pkt 31 wyroku TS z 17.02.2011 r. w sprawie C52/09 *Konkurrensverket v. TeliaSonera* (nieopublikowany) oraz pkt 187 wyroku Sądu z 29.03.2012 r. w sprawie T336/07 *Telefónica, SA v. Komisja* (nieopublikowany)).

<sup>79</sup> Wyrok SN z 18.02.2010 r., III SK 24/09, OSNP 2011/15-16/222.

<sup>80</sup> W tym zakresie przejawia się podobieństwo do testu cen zawyżonych i stąd nieuczciwych (*unfair*) w rozumieniu obecnego art. 102 lit. „a” TFUE (zob. pkt 250-252 wyroku z 14.02.1978 r. w sprawie 27/76 *United Brands Company and United Brands Continental BV v. Komisja* (Zb. Orz. 1978, s. 207); dalej jako „wyrok w sprawie *United Brands*”).

<sup>81</sup> Wyrok SA w Warszawie z 14.06.2005 r., VI ACa 93/05; Dz.Urz.UOKiK.2005/3/49.

<sup>82</sup> Zgodnie z orzeczniczą definicją „ceny wygórowanej” (*excessive price*) w świetle art. 102 TFUE, jest nią cena, która „nie pozostaje w rozsądnej relacji do ekonomicznej wartości produktu” (*has no reasonable relation to the economic value of the product*); pkt 250 wyroku w sprawie *United Brands*.

<sup>83</sup> Zdaniem SN „nie można (...) łączyć ceny nadmiernie wygórowanej z samym naruszeniem zasady ekwiwalentności świadczeń, ponieważ każda cena wygórowana nie jest ceną ekwiwalentną” (wyrok SN z 18.02.2010 r., III SK 24/09; OSNP 2011/15-16/222).

<sup>84</sup> A konkretnie porównywana jest cena nadmiernie wygórowana („nadmiernie nieekwiwalentna”) z „ceną uciążliwą” tj. ceną, której wysokość jedynie narusza zasadę ekwiwalencji, a zatem nie dochodzi do istotnego naruszenia tej zasady.

#### IV. Uwagi podsumowujące oraz wnioski *de lege ferenda*

Analiza dorobku orzeczniczego i decyzyjnego dotyczącego art. 9 uokik<sup>85</sup> – zarówno tego, który został zaprezentowany, jak i tego, do którego wyżej nie odsyłano – skłania do następujących obserwacji (uwag) w tym propozycji *de lege ferenda*.

Po pierwsze, nadużycia wykluczające i eksploatacyjne, mimo że oba stanowią przejaw naruszenia tego samego przepisu (art. 9 uokik) wymagają odrębnej definicji ogólnej, która powinna wyznaczać ramy koncepcyjno-analityczne oceny praktyk unilateralnych dla danej kategorii nadużyć. Ustawa nie zawiera tego rodzaju definicji (jak i samej definicji nadużycia pozycji dominującej<sup>86</sup>). Konstrukcja generalna wypracowana została (właśnie w ostatnim pięcioleciu) dla nadużyć wykluczających (zasadnie akcentując, iż jej zakres przedmiotowy obejmuje także nadużycia lewarujące). O wykreowaniu takiej konstrukcji nie można mówić w przypadku nadużyć eksploatacyjnych (co odnosić należy nie tylko do powyższego okresu). Jak dotychczas w identyfikacji tego typu praktyk kluczowe znaczenie odgrywały ustawowe przesłanki nieuczciwości i uciążliwości. W orzecnictwie nasila się tendencja do takiej ich interpretacji, która zbliża – lub wręcz utożsamia – je pod względem znaczeniowym. W konsekwencji, przedmiotem zarzutu nadużycia eksploatacyjnego coraz częściej jest narzucanie „nieuczciwych warunków umownych” (w tym cen) z powołaniem się na art. 9 ust. 2 pkt 1 uokik<sup>87</sup>; w takiej sytuacji zbędne bowiem jest wykazywanie przesłanki uzyskania przez dominanta nieuzasadnionych korzyści, której wymaga art. 9 ust. 2 pkt 6 uokik. W związku z tym, zasadnym jest rozważanie usunięcia z ustawy wskazanego „dualizmu” kryteriów mających determinować, czy zachowania dominanta eksploatują jego klientów/kontrahentów i wprowadzenie tylko jednego takiego kryterium (np. nieuczciwości warunków, obejmujących oczywiście także ceny nieuczciwe w rozumieniu art. 9 ust. 2 pkt 1 uokik). Ponadto – o ile przedmiotem ochrony na gruncie zakazu nadużyć eksploatacyjnych – mają być ekonomiczne interesy klientów/kontrahentów dominanta<sup>88</sup>, wątpliwa staje się przesłanka uzyskania przez dominanta nieuzasadnionych korzyści wskutek jego praktyk; praktyki te bowiem, właśnie z racji tego, że są nieuczciwe/uciążliwe, doprowadziły już do wyzysku tych podmiotów niejako „materializując” skutki przed jakich wystąpieniem chronić ma ów zakaz.

Po drugie, w dotychczasowej praktyce stosowania art. 9 uokik z 2007 r. (jak i art. 8 uokik z 2000 r.) Prezes UOKiK (zatem w konsekwencji także i sądy) bardzo rzadko powoływały się na **art. 9 ust. 2 pkt 2 uokik**<sup>89</sup>. Przepis ten za przejaw nadużycia pozycji dominującej uznaje „ograniczenie produkcji, zbytu lub postępu technicznego ze szkodą dla kontrahentów lub konsumentów”. Jego literalna wykładnia<sup>90</sup>

<sup>85</sup> Jakkolwiek skupiającego się na niektórych – zdaniem autora – szczególnie istotnych w praktyce zagadnieniach prawnych dotyczących polskiego zakazu nadużywania pozycji dominującej. Bliższa prezentacja innych – w tym również tych bez wątpienia istotnych dla potrzeb stosowania tego zakazu kwestii (np. wyznaczania rynku właściwego, ustalania dominacji, przesłanki interesu publicznego z art. 1 ust. 2 uokik, przesłanki „narzucania” warunków, o której mowa w art. 9 ust. 2 pkt 1 oraz pkt 6 uokik) – wymagałaby znacznie dłuższego opracowania (być może i monograficznego) wykraczającego poza ramy – nawet obszernego – artykułu.

<sup>86</sup> Jakkolwiek z racji znaczących różnic w sposobie oddziaływania na rynek przez praktyki wykluczające i eksploatacyjne wątpliwym jest, czy wykreowanie takiej definicji ogólnej byłoby z językowo-konstrukcyjnego punktu widzenia możliwe, jak i czy w ogóle byłoby to zasadne (tym bardziej w drodze przepisu ustawowego).

<sup>87</sup> Czyli zazwyczaj „warunków zakupu albo sprzedaży towarów” (o jakich wprost stanowi ten przepis) tj. tych, które najczęściej stanowią przedmiot umowy lub relacji handlowych.

<sup>88</sup> Zob. np. E. Modzelewska-Wąchal, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2002, s. 97.

<sup>89</sup> Do nielicznych wyjątków należy np. decyzja z 9.08.2005 r. Nr DOK-91/2005, w której za przejaw nadużycia pozycji dominującej Prezes UOKiK uznał odmowę świadczenia usług przesyłowych gazu ziemnego przez ówczesny PGNiG wydobywanego poza granicami Polski (jakkolwiek w decyzji tej uznano, iż praktyka ta narusza także bardziej ogólny zakaz nadużycia wykluczającego, tj. art. 9 ust. 2 pkt 5 uokik). Powołana decyzja została podtrzymana (co do zasadności zarzutu naruszenia zakazu nadużycia dominacji) przez wyroki SOKiK (z 31.01.2007 r.) oraz Sądu Apelacyjnego (wyrok z 27.03.2008 r.). Sąd Najwyższy uchylił ten drugi wyrok; wyrok SN z 15.07.2009 r. III SK 34/08 (OSNP 2011/7-8/117).

<sup>90</sup> Tym bardziej dokonywana w kontekście brzmienia „poprzednika” tego przepisu przewidzianego w art. 7 ustawy z 24.02.1990 r. o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym i ochronie interesów konsumentów (Dz. U. z 1999 poz.52, nr 547). Przepis ten za przejaw nadużycia (jakkolwiek tylko pozycji monopolistycznej) uznawał „mimo posiadanych możliwości, produkcji, sprzedaży lub skupu towarów, w szczególności prowadzącego do podwyższania cen sprzedaży lub obniżania cen skupu”.



może sugerować, iż chodzi o ograniczanie własnej produkcji/zbytu przez dominanta; w praktyce zaś zachowania, które odpowiadały znamionom takiej praktyki<sup>91</sup> rzadko miały miejsce – w szczególności jako zachowania wykluczające konkurentów, względnie również eksploatujące<sup>92</sup> klientów dominanta. Poza tym, zarówno dla tych pierwszych, jak i drugich ustawa przewiduje znacznie bardziej adekwatną podstawę, tj. art. 9 ust. 2 pkt 5 lub art. 9 ust. 2 pkt 1 i/lub pkt 6 uokik. Skutkiem obowiązywania tych przepisów jest więc zredukowanie praktycznego znaczenia art. 9 ust. 2 pkt 2 uokik. Wskazana wyżej zawężająca wykładnia tego przepisu nie jest jednak właściwa. Należy go rozumieć jako obejmującego również (a nawet przede wszystkim) praktyki dominanta, które ograniczają produkcję jego konkurentów i/lub ogólny postęp techniczny<sup>93</sup>. Taka wykładnia – w odniesieniu do art. 102 lit. b TFUE – postulowana jest w doktrynie prawa UE<sup>94</sup>, zwłaszcza jako przepisu stanowiącego właściwą, traktatową podstawę ingerencji w nadużycia wykluczające<sup>95</sup>. W prawie tym wszakże nie ma odpowiednika art. 9 ust. 2 pkt 5 uokik, który na gruncie polskiej ustawy antymonopolowej pełni funkcję „szczególnej” – jakkolwiek zasadniczej (gdyż w praktyce najczęściej cytowanej) – podstawy prawnej ingerencji w zachowania wykluczające dominantów (zob. pkt 2.1). Mimo niskiej częstotliwości powoływania się przez polskie organy publiczne na art. 9 ust. 2 pkt 2 uokik, postulat jego uchylenia nie byłby zasadny. Przepis ów jest bowiem wartościowy z punktu widzenia właściwego pojmowania aksjologii ustawy (w kontekście praktyk wykluczających), czyli traktowania za nadużycie tylko tych z nich, które są ekonomicznie szkodliwe dla konsumentów. Artykuł 9 ust. 2 pkt 5 uokik (zwłaszcza w razie jego literalnej wykładni) może sugerować, iż z zasady znajduje on zastosowanie do wszelkich praktyk dominantów, które są szkodliwe dla jego konkurentów (gdyż tworzą bariery wejścia na rynek lub ekspansji), abstrahując od wpływu tych praktyk na ekonomiczne interesy konsumentów. Wprawdzie SN (słusznie) zawężyła zakres zastosowania tego przepisu (zob. pkt 2.3), to jednak sama jego treść zdaje się skupiać przede wszystkim na aspektach strukturalnych (tj. konkurencji podmiotowej<sup>96</sup>); prawidłowe stosowanie zakazu nadużyć wykluczających wymaga zaś uwzględnienia również aspektów „jakościowych” (zob. pkt 2.2-2.3). W związku z tym, *de lege ferenda* można by się zastanowić nad dokonaniem swego rodzaju „integracji” art. 9 ust. 2 pkt 2 oraz art. 9 ust. 2 pkt 5 uokik, w szczególności przez przeniesienie do tego drugiego przepisu wymogu szkodliwości praktyk dla konsumentów<sup>97</sup>.

Po trzecie, stosunkowo rzadko **przesłanka dominacji** decydowała o braku zastosowania art. 9 uokik (tj. albo umorzeniu decyzji przez Prezesa UOKiK lub też uchyleniu/zmianie przez sąd decyzji „skazującej”, czy też utrzymującej w mocy decyzję o umorzeniu – z uwagi na brak spełnienia tej przesłanki<sup>98</sup>). Powyższe zjawisko potwierdza specyfikę rynków i praktyk dominantów (często gmin)

<sup>91</sup> Pod warunkiem wszak wąskiej interpretacji art. 9 ust. 2 pkt 2 uokik, tj. jako ograniczania własnej produkcji (zbytu) przez dominanta; praktyka ta zwana jest także „ustalaniem kontyngentów”; A. Jurkowska [w:] T. Skoczny, A. Jurkowska, D. Miąsik (red.) *Ustawa...*, s. 638.

<sup>92</sup> Zob. też K. Kohutek [w:] K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 372.

<sup>93</sup> Taka wykładnia byłaby *contra legem* tylko wtedy, gdyby art. 9 ust. 2 pkt 2 uokik wyraźnie stanowił o ograniczeniu „własnej” produkcji lub zbytu przez dominanta.

<sup>94</sup> R. O'Donoghue, *Verbalizing a General Test for Exclusionary Conduct under Article 82 EC* [w:] C-D. Ehlermann, M. Marquis (red.) *European Competition Law Annual 2007. A Reformed Approach to Article 82 EC*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon 2008, s. 343.

<sup>95</sup> D. Geradin, N. Petit, *Price Discrimination Under EC Competition Law: Another Antitrust Doctrine in Search of Limiting Principles?* *Journal of Competition Law & Economics*, September 2006, s. 489.

<sup>96</sup> Zob. też K. Kohutek, *Praktyki wykluczające...* (w druku).

<sup>97</sup> Jedynie w takim przypadku postulat ewentualnego wykreślenia art. 9 ust. 2 pkt 2 uokik wydawałby się zasadny. Interesy kontrahentów dominanta (o szkodzie których wspomina także ów przepis) są wystarczająco chronione przez art. 9 ust. 2 pkt 1 i 6 uokik zakazujący nadużyć wykluczających (praktyk nieuczciwych/uciążliwych dla klientów – w tym kontrahentów – dominanta; zob. pkt 3).

<sup>98</sup> Jednym z nielicznych takich wyroków jest np. wyrok Sądu Apelacyjnego z 20.11.2008 r., VI ACa 704/08 (Dz.Urz.UOKiK 2009/2/16). Utrzymano w nim decyzję Prezesa UOKiK z 12.12.2005 r., DOK-158/2005 umarzającą postępowanie w sprawie zarzutu naruszenia zakazu nadużycia wykluczającego na krajowym rynku tabletoz. Na rynku tym AXEL SPRINGER Polska Sp. z o.o. (wydawca gazety „Fakt”), będący – zdaniem jego konkurenta – dominantem, nie został za takiego uznany przez Prezesa UOKiK (mimo posiadania 60% udziału w takim rynku). Sąd Apelacyjny trafnie za niewystarczający do stwierdzenia

w jakie statystycznie najczęściej ingerował Prezes UOKiK. Jak wskazano wyżej (pkt 2.1), były to lokalne rynki objęte monopolem prawnym lub naturalnym. Dysponowanie pozycją monopolistyczną (jako węższym, a zarazem kwalifikowanym przypadkiem dominacji) bezspornym czyni przypisywanie danemu przedsiębiorcy (często temu, o którym mowa w art. 4 pkt 1 lit. a uokik) pozycji dominującej w rozumieniu art. 4 pkt 10 uokik. Tym samym kwestia kalkulacji jak i znaczenia prawnego samego udziału w danym rynku nie odgrywała w takich sprawach istotnej roli.

Po czwarte, w sprawach o nadużycie pozycji dominującej (zarówno o charakterze wykluczającym, jak i eksploatacyjnym), Prezes UOKiK dość często korzystał z instytucji uprawdopodobnienia tego rodzaju naruszenia ustawy (zob. art. 12 uokik, tzw. **decyzja zobowiązująca**); jakkolwiek pod względem ilościowym częściej wskazane decyzje wydawane były w odniesieniu do tej drugiej kategorii nadużyć<sup>99</sup>. W każdym razie powyższe pokazuje, iż przyjęte w powołanym przepisie (relatywnie nowe<sup>100</sup>) unormowanie „sprawdza się” w praktyce, pozwalając na szybsze oraz zazwyczaj mniej kosztowne (tak dla Prezesa UOKiK<sup>101</sup>, jak i dominanta<sup>102</sup>) rozwiązanie problemu prawdopodobnego nadużycia pozycji dominującej.

Po piąte wreszcie, analiza rozstrzygnięć SN – zwłaszcza wydanych w ciągu ostatnich trzech lat – skłania do konstatacji, iż sąd ten przejawia tendencję do bardziej (nie tylko niż Prezes UOKiK, ale także SOKiK i SA w Warszawie) „**powściągliwego**” **korzystania z instrumentów antymonopolowych w trybie publicznoprawnym**. Zjawisko to uwidacznia się w szczególności na gruncie zakazu nadużycia pozycji dominującej. We wskazanym okresie w większości przypadków SN uchylał wyroki SA w Warszawie, zazwyczaj z przyczyn materialno-prawnych w tym zwłaszcza z braku podstaw do stwierdzenia nadużycia pozycji dominującej<sup>103</sup> względnie wadliwie wyznaczonego rynku właściwego<sup>104</sup>.

pozycji dominującej uznał fakt posiadania przez przedsiębiorcę wysokiego udziału w rynku, konstatując, iż „jego dominacja musi mieć stały i stabilny charakter przez dostatecznie długi czas”.

<sup>99</sup> W szczególności dotyczyło to nadużyć przejawiających się w zamieszczaniu przez dominanta (w danych sprawach zazwyczaj monopolistę na lokalnym rynku zaopatrzenia i odprowadzania/odbioru ścieków) w umowie łączącej go z klientami postanowień wyłączających lub ograniczających jego odpowiedzialność za ograniczenie albo wstrzymanie dostaw wody bądź ograniczenie lub wstrzymanie odbioru ścieków np. z powodu braku wody na ujęciu, przerw w zasilaniu energetycznym urządzeń wodociągowych lub wystąpienia innych „szczególnych warunków lub nagłych zdarzeń” (zob. np. decyzja Prezesa UOKiK z 18.11.2009 r., RPZ-24/2009; decyzja Prezesa UOKiK z 19.05.2009 r., RWR-7/2009; decyzja Prezesa UOKiK z 27.10.2009 r., RŁO-18/200929; decyzja Prezesa UOKiK z 10.11.2009 r., RŁO-22/2009; decyzja Prezesa UOKiK z 10.06.2009 r., RWR-12/2009; decyzja Prezesa UOKiK z 23.12.2010 r., RKT-46 / 2010; decyzja Prezesa UOKiK z 21.12.2010 r., RWR-33 /2010; decyzja Prezesa UOKiK z 22.07.2011 r., RGD-7/2011).

<sup>100</sup> Co prawda obowiązywało ono już na gruncie ustawy z 2000 r. (zob. art. 11a tej ustawy), jakkolwiek wprowadzone zostało w drodze jej nowelizacji z 2004 r.

<sup>101</sup> Instytucja ta stawia bowiem niższe wymagania dowodowe niż te jakie potrzebne są dla wydania decyzji stwierdzającej nadużycie (art. 10 uokik). Zbieranie dowodów zazwyczaj jest czynnością kosztowną oraz czasochłonną.

<sup>102</sup> Zastosowanie tej instytucji (oraz wykonanie zobowiązań przyjętych przez dominanta; zob. art. 12 ust. 1 *in fine* uokik) z zasady (zob. bowiem art. 12 ust. 5-7 uokik) wyklucza dopuszczalność nałożenia na dominanta kary pieniężnej (art. 12 ust. 4 uokik).

<sup>103</sup> Tytułem przykładu, zdaniem SN, Prezes UOKiK – mimo, że takie uchybienia zazwyczaj nie były temu drugiemu zarzucane przez sądy niższych instancji – albo nie wykazał, że zarzucana praktyka „wpływa w odczuwalny sposób na konkurencję” (wyrok SN z 19.02.2009 r., III SK 31/08, LEX nr 503413) albo „nie sprostął obowiązującemu w tym zakresie standardowi dowodowemu” – tj. standardowi dotyczącemu „przyjęcia, że zachowanie (...) ograniczyło konkurencję w sposób właściwy dla praktyki z art. 9 ust. 2 pkt 5 ustawy” (wyrok SN z 3.03.2010 r., III SK 37/09, OSN 2011/19-20/264) albo też, że podnoszony w skardze kasacyjnej zarzut naruszenia (obecnego) art. 9 ust. 2 pkt 2 i 5 u.o.k.k jest uzasadniony będąc „konsekwencją wadliwości decyzji Prezesa UOKiK polegającej na nieprzedstawieniu zasad funkcjonowania rynku gazu w Polsce w relevantnym w niniejszej sprawie okresie, co ma kluczowe znaczenie dla oceny, w jaki sposób zachowania uczestników rynku oddziałują na konkurencję” (wyrok SN z 15.07.2009 r., III SK 34/08; OSNP 2011/7-8/117).

<sup>104</sup> Wyrok SN z 19.08.2009 r., III SK 5/09, OSNP 2011/9-10/144.